

Olivier Gohin: Les garanties procédurales découlant des règles et des jurisprudences européennes...
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 289.- 311.

Olivier Gohin
Professeur à l'Université de Panthéon-Assas (Paris 2)
Directeur de l'Institut de Préparation à l'Administration Générale de Paris

LES GARANTIES PROCÉDURALES DÉCOULANT DES RÈGLES ET DES JURISPRUDENCES EUROPÉENNES DANS L'ORDRE ADMINISTRATIF

UDK: 342(4)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 20. 10. 2012

Među pravilima primjenjivim u upravnom sporu, osobito treba istaknuti ona izvedena iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Isto tako, upravno je sudovanje prihvatilo, nakon odluke Državnog savjeta od 20. listopada 1989. godine u predmetu *Nicolo*, nadzirati usklađenost nacionalnog zakona i nekim ugovorom, konkretno Ugovorom o osnivanju Europske zajednice. To ga je dovelo do toga da sam tumači ugovor. U rješavanju različitih pitanja upravni sudac je bio primoran sljediti praksu suda u Strasbourgu. Stoga nam se, na kraju, kao logičan zaključak nameće pitanje: dolazi li do europeizacije nacionalnog prava ili „nacionalizacije“ europskog prava?

Ključne riječi: *uprava, proceduralna jamstva, europska jurisprudencija*

Comme le peuple français l'aura massivement voulu, au lendemain de « *la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* »¹, le droit français, va connaître, en 1946, une rupture nette qui se traduit par la reconstitutionnalisation de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, par la constitutionnalisation de nouveaux principes politiques, économiques et sociaux, « *particulièrement nécessaires à notre temps* » et par la mise en œuvre du monisme juridique : désormais, il existe, en France, un seul ordre juridique dont les normes sont donc toutes des normes internes, qu'elles soient d'origine interne ou bien qu'elles soient d'origine externe et alors internalisées :

¹ Comprendre, dans le contexte de l'époque, le nazisme et le fascisme, et non le communisme, qu'il soit ou non stalinien. Le 21 octobre 1945, moins de six mois après le retour de la paix en Europe, le retour au régime de la III^e République est refusée par 96 % des suffrages exprimés, correspondant à 72 % des inscrits.

- l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est en ce sens : « *La République française (...) se conforme aux règles du droit public international* »² : *pacta sunt servanda* ;

- l'article 26 prévoit, de même, que « *les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification* ».

De ce dernier dispositif qui n'est pas d'une clarté aveuglante, il résulte que tout traité postérieur et contraire à toute loi prévaut sur cette loi, pour la raison que deux normes en vigueur ayant même force de loi : le traité et la loi, en l'espèce, se hiérarchisent nécessairement au profit de la norme la plus récente : *lex posterior derogat priori*.

Toutefois, au regard des garanties procédurales dans l'ordre juridictionnel administratif, cette belle construction est, d'abord, vaine. Sans doute, dans le cadre du monisme juridique, une requérante devient bien recevable à invoquer, à l'encontre du décret d'extradition attaqué, la violation d'une convention internationale qui a force de loi, en l'espèce la convention franco-américaine du 6 janvier 1909, plutôt que la loi française, postérieure, mais non contraire, du 10 mars 1927, comme cela résulte de l'arrêt d'Assemblée *Dame Kirkwood* du 30 mai 1952³. Mais, sous la IV^e République, le Conseil d'Etat, dans le contentieux administratif notamment, ni ne déduit un principe général du droit d'une stipulation conventionnelle pour invalider un règlement ni ne fait prévaloir telle ou telle stipulation conventionnelle contre la loi postérieure et contraire.

Au moment où, en 1958, le décor planté en 1946 vient à changer, la dérivation du pouvoir constituant est si faible, en définitive, dans le texte de institutions de la nouvelle République que, notamment, le monisme juridique est préservé, à travers les deux mêmes dispositions précitées : l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, sauvegardé par le Préambule de la Constitution de 1958, et l'article 26 de la Constitution précédente devenu, en termes guère différents, et donc guère plus explicites, l'article 55 de la nouvelle Constitution.

Or, le changement du décor ne touche pas seulement la loi fondamentale. Il touche aussi l'environnement juridique de la France par l'incidence de la construction européenne sur le droit français : ce droit européen, c'est, d'abord, celui qui résulte, du texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 à laquelle la France ne devient partie que tardivement, en conséquence du décret de ratification du 3 mai 1974 encore que l'acceptation du droit de recours individuel devant la Cour européenne de Strasbourg, après épuisement des voies de recours internes, ne

² Contrairement à ce que soutient le texte, cela ne manifeste, en réalité, aucune fidélité à ses traditions, autre que d'affichage.

³ CE Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. 291 ; RDP 1952. 781, concl. Letourneur, note Waline ; S. 1953.3.33, note Bouzat.

remonte qu'au 2 octobre 1981/ C'est aussi le droit qui résulte de la jurisprudence de la Cour européenne, en tant qu'interprète authentique de ce droit. Il est bien connu que le cœur du dispositif, ici à l'œuvre, est l'article 6 §1 de la Convention qui prévoit, au titre du « *droit à un procès équitable* » que toute « *cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi* », étant précisé que le champ de la Convention est limité aux contestations de caractère civil ou aux accusations en matière pénale et que la publicité des audiences n'est que de principe, le tout mis en œuvre par la Cour européenne ;

Bien entendu, le droit européen, c'est aussi le droit de la Communauté : celui de la Communauté économique européenne du traité de Rome du 25 mars 1957, relayé par celui de la Communauté européenne et l'Union européenne du traité de Maastricht du 7 février 1992, et devenu, au 1^{er} décembre 2009, le droit de l'Union européenne du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, le tout mis en œuvre par la Cour de justice de Luxembourg. Il est moins bien connu que le cœur du dispositif est, en droit positif, l'article 4 § 3 du traité sur l'Union européenne qui prévoit, au titre du « *principe de coopération loyale* », l'obligation pour les Etats membres de prendre toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant du droit originaire des traités ou résultant du droit dérivé des actes des institutions de l'Union, et donc l'abstention réciproque de prendre toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. On donnera, à ce sujet, les deux exemples suivants :

- l'application de la jurisprudence *Factortame* de 1990 par le prononcé de mesures provisoires par le juge français, y compris par l'exercice du pouvoir d'injonction, pour assurer, en tout état de cause, la mise en œuvre du droit de la Communauté, devenue Union européenne, au besoin en écartant l'application de tout obstacle de droit juridictionnel national⁴ ;

- la transposition par l'ordonnance du 7 mai 2009 de la directive modificative « *recours* » du 11 décembre 2007 qui crée le nouveau référé en matière contractuelle⁵ pour remédier encore aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Mais, pour conserver l'unité du propos, bien assez dense comme cela, on écartera ce droit de la Communauté, devenu droit de l'Union, pour s'en tenir au droit européen des libertés fondamentales, sans inclure, pour autant, dans le champ d'étude la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 car son champ d'application est marginal (art. 51), la portée des droits garantis accessoire (art. 52) et le niveau de protection subsidiaire (art. 53), comme toutes les autres conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles la

⁴ CJCE, 19 juin 1990, aff. *Factortame* : AJDA 1990, 832, note LE MIRE ; RMCUE 1990, 591, note Simon et Barav ; RFD adm. 1990, 912, note Bonichot : absence de sursis à exécution d'une loi en Grande-Bretagne ; *adde*, sur l'affaire *Factortame*, J. Bell, RFD adm. 1990, 920 et S Boyron et L.N. Brown, RFD adm. 1994, 70.

⁵ CJA, art. L. 551-13 à 23.

France est partie sur le continent européen, quand bien même elles comporteraient des garanties procédurales – les mêmes garanties ou d'autres garanties – dans l'ordre administratif, ici compris comme le seul ordre juridictionnel administratif, en France.

Dès lors, on est renvoyé vers le seul droit de la Convention. Or, pour que, dans le contentieux administratif français, des garanties procédurales puissent résulter du droit de la Convention. Encore faut-il que le Conseil d'Etat accepte de faire prévaloir telle ou telle règle ou jurisprudence européenne, c'est-à-dire telle ou telle règle, éventuellement interprétée par la Cour européenne, sur la norme d'origine française, législative ou réglementaire, serait-elle postérieure et contraire, dans le droit français, à la règle d'origine européenne. Dans l'ordre juridictionnel administratif, la difficulté n'est résolue que par l'apport décisif de l'arrêt d'Assemblée *Nicolo* du 20 octobre 1989 venant admettre, même tardivement, la suprématie du traité ou de l'accord international sur la loi⁶, aux conditions posées à l'article 55 de la Constitution, encore que cette solution compréhensive ne se déduise pas de la rédaction de cette disposition constitutionnelle avec la force de l'évidence⁷, en particulier dans le cas du droit européen⁸.

C'est que, même si le contentieux administratif n'est pas principalement dans la matière de la loi, il y a bien, cependant, une dimension législative dans cette procédure, que le législateur soit compétent, par exception⁹, ou qu'il s'attribue compétence, sans encourir, pour autant, la censure du Conseil constitutionnel¹⁰.

Ainsi, sans que la procédure suivie devant les juridictions administratives soit, en principe, dans la matière de la loi, le Code de justice administrative comporte un nombre considérable de dispositions législatives¹¹ en rapport, peu ou prou,

⁶ CE Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman ; *GAJA* Dalloz, 18^e éd., 2011, n° 91 et les réf.

⁷ L'autorité supérieure à celle des lois s'inscrit ainsi dans le temps : elle ne vaut que dès la publication, en France, du traité ou de l'accord international, et non à compter de l'origine du traité ou de l'accord international, publié en France.

⁸ Par ex., le droit européen de la Convention n'est pas soumis à la condition de réciprocité et les arrêts de la Cour européenne sont d'effet direct dès lors que leur dispositif contient une règle qui n'est « *ni imprécise ni incomplète* » (CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*).

il est d'effet direct le droit dérivé, celui des actes des institutions de la Communauté, devenue Union européenne, est d'effet direct, sans avoir à passer par la procédure de la ratification ou de l'approbation ; considérer ce droit dérivé comme un droit des traités ou des accords régulièrement ratifiés ou approuvés, pour le faire bénéficier de la supériorité à la loi – c'est le cas pour un règlement communautaire : CE, 24 sept. 1990, *Boisdet*, Rec. 251 ; LPA 12 oct. 1990, concl. M. Laroque in *GAJA*, n° 91 § 13 ou pour une directive communautaire, CE Ass. 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et autre*, Rec. 81 ; AJDA 1992. 210, concl. M. Laroque et les réf., *ibid.* – est particulièrement constructif, sinon abusif.

⁹ A ce sujet, Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, 7^e éd., LexisNexis, 2012, n° 200 à 204, p. 202-206.

¹⁰ CC, 30 juil. 1982, *Blocage des prix et des revenus*, déc. 82-143 DC, Rec. 57 ; GDCC Dalloz, 13^e éd., 2009, n° 25 et les réf.

¹¹ Déduction faite, hors contentieux administratif, des dispositions relatives au Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui concernent leurs attributions non contentieuses ou leur organisation et fonctionnement hors contentieux ou encore le statut de leurs membres qui sont des « *buttes-témoins* » de la conjonction de la juridiction et de la consultation dans l'ordre administratif.

avec la sauvegarde des libertés fondamentales, pour faire écho à la Convention de Rome de 1950, notamment au titre des garanties procédurales. Tel est le cas, notamment, du « *décalogue* », en titre préliminaire du Code : on lit, par exemple, que « *l'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à l'urgence* », l'article L. 5 relayant ici, avec l'autorité supérieure de la loi, le principe général de procédure clairement et généralement posé, en la matière, depuis la discrète solution de l'important arrêt *Gate* du Conseil d'Etat, en date du 16 janvier 1976¹², dont la solution continue, d'ailleurs, à prévaloir en tant que ce n'est pas seulement la phase de l'instruction, mais aussi celle du jugement qui est contradictoire dans le procès administratif et que la partie législative du Code n'est pas explicite, du moins pas directement explicite sur ce point.

Bien entendu, conformément à l'état du droit dans un Etat de droit, la norme de texte ou de jurisprudence, d'origine interne, suffit, en général, à donner au justiciable toutes les garanties procédurales qu'il est en droit d'attendre, en France. Le Conseil d'Etat, en tant que juge de l'excès de pouvoir ou comme juge de cassation, y veille de longue date et de façon scrupuleuse, pour ne rien dire du rôle qu'il joue, dans le cadre de ses attributions administratives ou législatives, dans l'élaboration des nombreuses réformes du contentieux administratif, jamais sans lui, rarement contre lui.

Pourtant, dans un droit administratif marqué essentiellement par l'autonomie, le Conseil d'Etat va être bientôt confronté à des garanties procédurales qui, d'origine, ne sont pas les siennes, car celles du droit européen, ou, plus exactement qui ne sont pas encore les siennes : car, par un double processus d'acculturation et d'appropriation, décrit par le vice-président du Conseil d'Etat¹³, le Conseil d'Etat va être, le plus souvent, en mesure d'intégrer ou de faire intégrer ces garanties afin de montrer, sinon de démontrer que, dans le contentieux administratif français, il reste le maître du jeu.

Car, arrachons les masques : sous couvert de dialogue des juges, on est bien dans un rapport de pouvoirs. Sans doute, le plus souvent, de façon même tardive ou progressive, tardive car progressive, les choses se sont passées en bonne intelligence. Après tout, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas complètement étrangère aux exigences de la Convention. Cela ne devrait pas surprendre : la justice administrative, en France, est – osons le dire – assurément équitable et publique, en principe, et elle est rendue dans un délai raisonnable par des juridictions dont l'indépendance et l'impartialité sont acquises depuis près

¹² CE, 16 janv. 1976, *Gate*, Rec. 39. Le recours à ces principes généraux reste nécessaire et utile dans le contentieux administratif : par ex., s'agissant de la contradiction, le principe général permet de couvrir toutes les hypothèses d'inapplication de la Convention ou de la partie législative du Code, par exemple pour la phase du jugement devant les juridictions administratives générales : à ce sujet, Olivier Gohin, « Les principes directeurs du procès administratif », *RDJ* 2005. 171-181.

¹³ Jean-Marc Sauvé, « Le Conseil d'Etat et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », intervention au colloque organisé par l'Université de Paris III sur *Les 60 ans de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Sénat, 9 avr. 2010 ; texte écrit en collab. avec Thimotée Paris).

d'un siècle et demi. Mais, entre l'imperfection française et l'idéal européen, il y a encore de la marge. Il y a aura même toujours de la marge.

Autant l'avouer : les garanties procédurales qui découlent du droit européen, tel qu'interprétées, c'est-à-dire prolongées par la Cour européenne sont et demeurent d'une exigence substantiellement plus grande – indéfiniment plus grande - que celle du droit français. Le contentieux administratif français a bientôt cessé d'être un long fleuve tranquille. Parce que des barrages ont sauté, des digues ont été élevées et des canaux de dérivation ont été creusés. Comment en serait-il autrement ? Car, au point de conjonction de la puissance publique et des libertés fondamentales, il y a, en France, le Conseil d'Etat. Dès lors, on peut facilement comprendre que chaque arrêt de condamnation de la France par la Cour européenne qui touche, de près ou de loin, le contentieux administratif français, soit, pour lui, une blessure qu'il entend résorber, s'il l'a reçue, ou, le plus souvent, éviter, s'il ne l'a pas encore reçue.

Dès lors, sans prétendre à l'exhaustivité inutile, mais, au contraire, en retenant quelques cas ciblés, ce sont ces garanties procédurales qu'il faut recenser, à présent, dans le contentieux administratif, qu'elles soient imposées au Conseil d'Etat (I) ou retenues par lui (II) ou encore déduites du droit de la Convention (III).

I. LES GARANTIES PROCÉDURALES IMPOSÉES AU CONSEIL D'ÉTAT

La première hypothèse à considérer est passive : elle est celle où, dans le contentieux administratif, la France se voit imposer, malgré la résistance du Conseil d'Etat, l'application du droit européen, en conséquence de condamnations prononcées contre la France par la Cour européenne, en tant qu'elles concernent, directement ou indirectement, l'Etat dont le juge administratif est l'une des principales institutions¹⁴.

On comprend bien que la théorie de la loi-écran aura longtemps retranché le Conseil d'Etat de l'application du traité lorsque cette loi était postérieure et contraire au traité et qu'à cet égard, la résistance du Conseil d'Etat a pu durer aussi longtemps que la jurisprudence *Nicolo* de 1989 n'est pas venu rattraper le retard que le Conseil d'Etat prenait, chaque année davantage par rapport à la Cour de cassation, depuis 1975, et même par rapport au Conseil constitutionnel, depuis 1988, dans un nationalisme normatif qui n'était plus de mise dans le contexte du monisme juridique, de l'expansion du droit du Conseil et de renforcement du droit de la Communauté, sauf à se marginaliser complètement et rapidement. Pour autant, en une matière, celle du contentieux administratif, où il n'y avait guère

¹⁴ En ce sens, CE Sect., 27 févr. 2004, *Mme Popin*, Rec. 86, concl. Schwartz ; *GAJA* n° 111 et les réf. Il s'agit, dès lors, d'une institution constitutionnalisée comme cela résulte du texte de la Constitution (par ex., Const., art. 62, al. 3) et de la jurisprudence constitutionnelle (par ex., CC, 22 juil. 1980, *Validation d'actes administratifs*, déc. 80-119 DC, Rec. 46 ; *GDCC* n° 21 et les réf.

de loi, mais beaucoup de réglementation et de jurisprudence, c'est au Conseil d'Etat qu'il appartenait soit d'écarter la réglementation française, soit de juger dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance du règlement¹⁵, par le recours, dans ces deux cas, à des principes généraux de procédure : ceux qu'il serait en mesure, précisément, de tirer des traités auxquels la France avait adhéré, en tenant le plus grand compte, éventuellement, de l'interprétation authentique que les Cours, issues de ces traités, pouvaient donner de leurs stipulations. On donnera deux exemples :

- le premier exemple touche à cette difficulté que le Conseil d'Etat a bien aperçue, au sujet de la publicité de principe des audiences des juridictions administratives, juste après l'adhésion de la France à la Convention de Rome, en 1974, en conséquence de l'article 6 § 1 de la Convention qui prescrit que toute cause, dans le champ fonctionnel d'application du droit à un procès équitable, soit entendue, en principe, « *publiquement* » tel est le cas, par exemple, dans le contentieux disciplinaire porté devant une juridiction militaire, depuis l'arrêt *Engel et autres c/ Pays-Bas* du 8 juin 1976, dès lors qu'il est considéré sous l'angle d'une « *accusation en matière pénale* ».

Or, dans ses conclusions conformes sur l'arrêt de section *Debout* du 27 octobre 1978, le commissaire du gouvernement Daniel Labetoulle retient un pouvoir autonome d'interprétation de la Convention qui doit être manié « *avec le souci de concilier, dans la mesure du possible, deux préoccupations : d'une part éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec la jurisprudence de la Cour ; d'autre part, éviter aussi toute solution qui sur un point marquerait une rupture avec le droit national antérieur* ».

Ainsi, en l'absence de solution en faveur de la publicité de principe¹⁶ des audiences devant l'ensemble des juridictions administratives, comme c'est le cas, par des dispositifs de texte, devant les juridictions administratives générales¹⁷,

¹⁵ Transposition ici de l'art. 4 C. civ. En tant que, comme l'art. 5 sur la prohibition des arrêts de règlement, cette disposition est, depuis 1804, de droit processuel.

¹⁶ De plus, selon une formulation dérivée de l'art. 6 § 1 la Convention, le huis clos reste raisonnablement prévu, à titre exceptionnel, sur décision du président de la formation de jugement « *si la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de l'intimité des personnes ou de secrets protégés par la loi l'exige* » (CJA, art. L. 731-1).

¹⁷ Ce sont les ordonnances du 2 févr. et du 12 mars 1831 qui ont établi, devant le Conseil d'Etat, la publicité des audiences, le droit pour les avocats aux Conseils d'ajouter des observations orales à leurs mémoires écrits et l'institution d'un ministère public, et ce de façon concomitante parce que ces trois avancées de la procédure de jugement étaient nécessairement liées. Il en fut de même, par transposition de la procédure devant le Conseil d'Etat devant les tribunaux administratifs, par le biais des conseils de préfecture (D. 30 déc. 1862), ainsi que devant les cours administratives d'appel, dès leur création (D. 2 sept. 1988). Selon une formulation positive et générale, l'audience du procès administratif n'était régulièrement publique qu'à la condition d'un texte législatif ou réglementaire le prévoyant expressément (CE, 25 juin 1948, *Brillaud* : *Rec. CE*, p. 292 ; D. 1949, somm. 21). En droit positif, substitué à l'article 66, al. 1^{er} de l'ordonnance du 31 juil. 1945 sur le Conseil d'Etat et à l'article R. 195 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'art. L. 6 CJA, applicable devant les juridictions administratives générales (*ibid.*, L. 1), prescrit, en ce sens, que : « *Les débats ont lieu en audience publique* ». Cette solution de principe peut, d'ailleurs, être spécifiquement reprise dans le cadre de telle ou telle procédure comme c'est le cas, précisément, pour l'audience du tribunal administratif

ce fragile équilibre aura conduit, en l'espèce, à écarter la publicité de principe des audiences « *dans le cas où une juridiction statue en matière disciplinaire* », à défaut d'un principe général de procédure à cet effet et faute que la juridiction disciplinaire entre dans le champ de la Convention. Or, moins de trois ans plus tard, cette construction prudente, sinon réservée, fondée sur des « *considérations de convenance et de réalisme politique* »¹⁸, est profondément déstabilisée par l'arrêt *Le Compte et autres* du 23 juin 1981 par lequel la Cour européenne impose la publicité de principe des audiences devant une juridiction disciplinaire de l'Ordre des médecins, en Belgique, dans le cadre d'une « *contestation* » regardée fonctionnellement comme « *de caractère civil* ».

Pourtant, le Conseil d'Etat refuse, avec constance, à plusieurs reprises, tout ralliement à cette jurisprudence interprétative, en particulier dans son arrêt d'assemblée *Dr Subrini* du 11 juillet 1984, rendu aux conclusions contraires du commissaire du gouvernement Bruno Genevois qui fait mention, en vain, de la Convention comme d'« *un impératif de discipline jurisprudentielle* » quand les commentateurs à l'*Actualité juridique*, membres du Conseil d'Etat eux aussi, ne craignent pas d'invoquer, quant à eux, la nécessité de « *laver le linge sale en famille* » : par delà cette expression familière, mais parlante, il y a là, tout de même, au soutien d'un arrêt d'Assemblée peu glorieux¹⁹, un piètre motif de droit en faveur de l'inapplication de l'article 6 § 1 de la Convention. C'est donc le pouvoir réglementaire qui est finalement intervenu pour imposer, par le décret modificatif du 5 février 1993, la publicité de principe des audiences, mais devant les seules juridictions disciplinaires de santé²⁰.

Quelle est alors la réaction du Conseil d'Etat qui n'apprécie guère de se voir forcer la main par un pouvoir réglementaire qu'il contrôle et qui, cependant, est la source principale du droit de la procédure, dans le procès administratif ? Après avoir, dans un premier temps, réitéré la jurisprudence de principe *Debout* par son arrêt d'assemblée *Pr Milhaud* du 2 juillet 1993²¹, sa résistance faiblit progressivement et il finit par se rallier, sans se bousculer, car en deux temps, à l'interprétation fonctionnelle de la Cour européenne donnée dès 1981, celle

statuant en matière de recours en annulation formés contre les arrêtés de reconduite à la frontière (Ord. 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, art. 22 *bis*, al. 4, reproduit à CJA, art. L. 776-1).

¹⁸ Concl. Labetoulle préc.

¹⁹ CE Ass., 11 juil. 1984, *Subrini*, Rec. 259 ; D. 1985. 150, concl. Genevois ; AJDA 1984. 534, chr. Shoettl et S. Hubac ; Rev. adm. 1984. 482, note Pacteau ; RDSS 1985. 25, note Dubouis.

²⁰ Décret n° 93-181 du 5 févr. 1993 modifiant le décret n° 48-1671 du 26 oct. 1948 modifié relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins.

²¹ Aucun principe général de procédure n'impose la publicité des débats « *dans le cas où une juridiction statue en matière disciplinaire* ».

que, du reste, en 1978, qu'il n'avait pas écartée en elle-même²², sans en trouver, toutefois, d'application pendant une vingtaine d'années :

– dans un premier temps, par l'arrêt annonciateur *Département de l'Indre* de 1994, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme est appliqué, sans restriction, au procès administratif en matière sociale²³ ;

– dans un second temps, par l'arrêt d'assemblée *Maubieu* du 14 février 1996²⁴, le Conseil d'État généralise cette même solution de principe dans l'ensemble du contentieux administratif. De façon remarquable, cette généralisation résulte, en effet, d'un arrêt rendu, en l'espèce, non par le juge de cassation, dans le contentieux d'une décision disciplinaire d'une juridiction relevant de l'ordre administratif, mais par le juge de l'excès de pouvoir, dans le contentieux du décret qui régit la procédure disciplinaire d'une juridiction relevant de l'ordre judiciaire, le conseil de l'Ordre des avocats.

Depuis lors, force est de constater que le Conseil d'État trouve la possibilité de mettre effectivement en œuvre cette jurisprudence de principe, dans le contentieux administratif, pour censurer le défaut de publicité de principe des audiences, principalement dans le contentieux disciplinaire, en écartant, de façon systématique, toute réglementation ou législation contraire, chaque fois qu'il en a l'occasion²⁵, voire en provoquant une réglementation ou une législation conforme²⁶, y compris par anticipation²⁷.

Or, cet alignement laborieux du droit français sur les exigences de la Convention de Rome en matière de procédure, marqué par l'arrêt *Maubieu* en

²² En ce sens, et très clairement, Daniel Laboutelle, concl. sur CE, ass., 27 oct. 1978, *Debout* : *Rec. CE*, p. 395. Dans sa décision, le Conseil d'État reconnaît implicitement l'application directe (caractère « *self-executing* ») ainsi que l'invocabilité directe devant lui de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'ensemble de ses Protocoles.

²³ CE, sect., 29 juill. 1994, *Département de l'Indre* : *Rec. CE*, p. 363 ; *RFD adm.* 1995, 161, concl. Bonichot ; *AJDA* 1994, 750 et p. 691, chron. Touvet et Stahl ; *D.* 1994, 593, note Prétot. Cette solution qui vaut devant les juridictions d'aide sociale inverse la solution antérieure CE, sect., 22 nov. 1985, *Benamour* : *Rec. CE*, p. 331 ; *JCP* 1986, II, 20664, concl. D. Latournerie ; *RFD adm.* 1986, 866, concl. D. Latournerie ; *D.* 1986, inf. rap. 147, obs. Llorens ; *RD sanit. soc.* 1986, 339, note Levy qui valait devant les commissions départementales du contentieux des handicapés.

²⁴ CE, ass., 14 févr. 1996, *Maubieu* : *Rec. CE*, p. 34, concl. Sanson ; *RFD adm.* 1996, 1186, concl. Sanson ; *AJDA* 1996, 403, p. 358, chron. Stahl et Chauvaux et p. 378, note Flauss ; *JCP* 1996, II, 29669, note Lascombe et Vion.

²⁵ Par ex., devant la juridiction universitaire, CE, 7 juin 2000, *Zurmely* : *RFD adm.* 2000, 1079, concl. Roul, bien que l'art. 30, al. 1^{er} du décret du 13 juil. 1992 continue à prévoir cette même règle inconstitutionnelle. Selon le président Bruno Genevois, l'arrêt d'assemblée *Maubieu* précité du 14 févr. 1996 « *constitue le point de départ d'une orientation jurisprudentielle favorable à la Convention* » in « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2007, n° 163, p. 13.

²⁶ Par ex., à la suite de l'arrêt CE, 30 oct. 1998, *Lorenzi* : *Rec. CE*, p. 374 ; *JCP* 1999, I, 169, note Petit ; *LPA* janv. 1999, n° 11, note André ; *RFD adm.* 1999, 1022, note Surel, la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière a été tardivement reprise pour prévoir la publicité de principe des audiences (CJA, art. R. 314-2, modif. D 22 mai 2008, art. 22 (V)).

²⁷ D. 18 avr. 1996 instituant la publicité des séances de jugement au cours desquelles la Cour statue, à titre définitif, sur une amende ou, en appel, sur un jugement d'une chambre régionale des comptes ayant prononcé une condamnation définitive à l'amende à l'encontre des comptables qui en sont passibles.

matière disciplinaire, on va avoir à le retrouver au terme du feuilleton contentieux provoqué, pendant une dizaine d'années, de 2001 à 2009, par l'institution du commissaire du gouvernement auprès des juridictions administratives générales, au regard de l'effectivité du principe d'impartialité, ici objective.

- l'autre exemple de résistance du Conseil d'Etat est illustrée par le feuilleton du commissaire du gouvernement qui aura occupé le contentieux administratif pendant une dizaine d'années :

Concomitante à la publicité des audiences et donc à l'oralité des débats devant le Conseil d'Etat²⁸, selon un schéma de principe étendu, dès leur création, aux juridictions inférieures, l'institution du ministre public auprès du Conseil d'Etat, en vue de la défense de l'administration et de l'ordre public²⁹, correspond à un souci d'alignement sur les tribunaux judiciaires. Si la dénomination de commissaire du Gouvernement ne remonte qu'à 1852, alors qu'il n'est pas un commissaire et que, surtout, il ne représente plus le gouvernement³⁰, l'appartenance à un quelconque ministère public ne sera formellement abandonnée qu'en 1999, bien tardivement³¹, et il faut attendre 2009 pour que le commissaire de gouvernement devienne enfin le rapporteur public³². C'est dire l'attachement du Conseil d'Etat à ses traditions, exposées, pourtant, à la théorie ancienne des apparences³³ qui n'est pas seulement une apparence de théorie nouvelle³⁴, dans le monde de la Convention de Rome de 1950.

Car, le commissaire du gouvernement, comme le rapporteur public à sa suite, est le personnage central de la séance de jugement : c'est lui, surtout, que l'on voit et que l'on entend. Or, c'est en toute indépendance qu'à l'audience, il prononce, en principe, ses conclusions. Ainsi, pour faire connaître son appréciation sur les circonstances de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions du litige soumis à la juridiction, il n'est pas une partie ou le représentant d'une partie. Et, pour être membre de la juridiction, il n'est pas non plus un juge.

C'est son indépendance que le Conseil d'Etat, juge de cassation, a consacrée, de la façon la plus nette, à l'occasion de l'arrêt de section *Gervaise* de 1957 qui mentionne, de façon redondante, l'indépendance de ses conclusions, l'impartialité

²⁸ Ord. 2 févr. 1831.

²⁹ Ord. 12 mars 1831.

³⁰ Décret org. du 20 janv. 1852.

³¹ Jusqu'au 1^{er} janv. 1999, les feuilles du rôle des séances du Conseil d'Etat portaient encore la mention de « *ministère public* ».

³² D. 7 janv. 2009.

³³ La théorie des apparences remonte à l'arrêt *Delcourt c/ Belgique* du 17 janv. 1970 : la justice ne doit pas seulement être faite, elle doit être vue être faite.

³⁴ Daniel Chabanol, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt *Kress* », *AJDA* 2002. 9.

de son appréciation et l'expression, en conscience, de son opinion³⁵. Mais, conscient et averti du risque encouru par une telle institution si obscure dans sa dénomination, quoique si claire dans sa fonction, au regard des exigences de la procédure juridictionnelle en faveur de l'impartialité objective de tout tribunal dans le champ de ce droit européen³⁶, le Conseil d'Etat va rapidement monter un contre-feu jurisprudentiel face à la menace de la jurisprudence de Strasbourg : l'arrêt *Mme Esclatine* de 1998³⁷, encadré par deux contre-feux législatifs : l'article 18 de la loi du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des tribunaux administratifs, puis l'article L. 7 du Code de justice administrative de 2000.

Or, ces mesures tardives ne devaient pas suffire à éviter l'incendie soudain déclenché par l'arrêt *Mme Kress c/ France* de 2001³⁸. Non que la Cour européenne ait refusé, en quoi que ce soit, refusé de s'inscrire dans cette longue tradition contentieuse, consacrée à la fois par la jurisprudence et par la législation, en faveur d'un membre de la juridiction qui viendrait à s'exprimer publiquement en faveur de l'une ou l'autre des deux parties à l'instance : « *Nul n'a jamais mis en doute l'indépendance ni l'impartialité du commissaire du Gouvernement, et la Cour estime qu'au regard de la Convention son existence et son statut organique ne sont pas en cause* ». Il faut savoir raison garder : pas plus que la Cour de justice de Luxembourg au sujet de ses avocats généraux³⁹, la Cour européenne de Strasbourg a bien compris, en 2001, que le rôle du commissaire du Gouvernement auprès du Conseil d'Etat « *n'est nullement celui d'un ministère public* ».

En 2001, ce n'est donc pas l'existence de l'institution qui est en cause, pas même sa fonction essentielle dans la construction du contentieux administratif et donc du droit administratif, en tant que droit prétorien. Ce n'est pas non plus une question d'image - encore que cela compte en ambiance de théorie des apparences - et ce n'est pas la Cour européenne qui a demandé, voire suggéré le changement de dénomination de 2009. Quel est alors le reproche fonctionnel fait par la juridiction européenne à l'institution du commissaire du gouvernement ? Celui, tout simplement, d'être devenu publiquement, par le prononcé de ses conclusions

³⁵ CE, sect., 10 juill. 1957, *Gervaise* : *Rec. CE*, p. 466, préc. Cette solution jurisprudentielle a été définie devant les conseils du contentieux administratif. Elle est répétée par l'arrêt CE, 4 mars 1998, *Zanone* : *Quot. jur.* 30 juin 1998, n° 52, p. 8.

³⁶ Depuis l'arrêt CEDH *Niederhöst-Huber c/ Suisse* du 18 févr. 1997, le droit à un procès équitable se décompose clairement en deux principes : celui de l'égalité des armes et celui de la contradiction ; à ce sujet, Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, op. cit., n° 300, p. 273-274.

³⁷ CE, 29 juill. 1998, *Mme Esclatine* : *Rec. CE*, p. 320, concl. Chauvaux ; *D.* 1999, 85, concl. Chauvaux ; *RFD adm.* 1998, 1065 ; *AJDA* 1999, 69, note Rolin ; *JCP* 1999, I, 128, chron. Petit ; *RGDP* 1999, 192, chron. Debouy.

³⁸ CEDH, gde ch., 7 juin 2001, *Mme Kress c/ France* : *AJDA* 2001, 675, note ROLIN ; *D.* 2001, 2619, note R. Drago ; *JCP* 2001, II, 10578, note Sudre ; *LPA* oct. 2001, n° 197, note Flauss ; *RDP* 2001, 895, note Maubernard et p. 983, note Prétot ; *RFD adm.* 2001, 991, note Genevois et p. 1000, note Autin et Sudre ; *RTDH* 2001, 223, note F. Benoit-Rhomer et p. 581, note Spielmann ; *RTDE* 2001, n° 4, note Sermet ; *AJDA* 2002, 9, note Chabanol ; *D.* 2002, 2611, note Andrantsimbazovina ; *Gaz. Pal.* 2002, II, 1421, note Cohen-Jonathan.

³⁹ CJCE, 4 févr. 2000, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c/ Pays-Bas* : *RFD adm.* 2000, 415, note Delvolvé.

à l'audience, l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties en cause et, au terme de l'audience, de siéger au délibéré de la formation de jugement, avec la possibilité de prendre alors part, de façon active, à la décision de justice, en particulier si la solution envisagée est exceptionnellement contraire, dans son dispositif, voire dans sa motivation, à ses propres conclusions.

Assister au délibéré, prendre part au délibéré, participer au délibéré, il est vrai que la Cour européenne n'aura guère été attentive aux verbes employés dans la rédaction de son arrêt *Mme Kress c/ France* et le Conseil d'Etat cherchera à tirer argument de cette toute relative confusion terminologique de l'arrêt en faveur d'une présence silencieuse du commissaire du gouvernement au délibéré des juridictions administratives générales : la présence, malgré la Cour, en échange du silence, à cause de la Cour. Cette ligne de défense est celle retenue par le décret du 19 décembre 2005 qui vient prévoir que « *le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part* ». Mais, elle était certainement contraire à l'interprétation qui s'imposait à la lecture de l'arrêt *M^{me} Kress* de 2001 si, du moins, on voulait bien ne pas jouer sur les mots.

C'est ce que la Cour européenne va avoir l'occasion de redire par deux fois ce qu'elle avait déjà dit, dans l'arrêt *M^{me} Kress*, à ceux qui, en France et notamment au Conseil d'Etat, avaient fait plus ou moins semblant, jusqu'alors, de ne pas comprendre qu'était exclue, non seulement la participation, mais aussi la présence, même silencieuse, du commissaire du Gouvernement : c'est cas d'abord par son arrêt *Mme Loyen c/ France* du 5 juillet 2005, puis, de façon particulièrement sévère, mais concise, dans son arrêt *Martinie c/ France* du 12 avril 2006⁴⁰.

On pouvait alors penser que la cause était entendue. Et, en effet, le décret du 1^{er} août 2006 vient modifier le Code de justice administrative pour prévoir, devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, que « *la décision est délibérée hors la présence des parties et du commissaire du Gouvernement* » (art. R. 732-2) ;

Mais, devant le Conseil d'Etat, le pouvoir réglementaire prévoit que « *sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part* » (R. 733-3, al. 1^{er})⁴¹.

Or, sous la concession illusoire d'une opposition formelle d'une des parties à l'instance⁴², c'est là l'exacte transposition du dispositif antérieur, fixé par le décret précité du 19 décembre 2005, qui est assurée devant le seul Conseil d'Etat, et selon une solution de principe, par ce nouveau décret du 1^{er} août 2006, pris sans retard à la suite de l'arrêt *Martinie c/ France* précité et ajusté par le décret du 7 janvier

⁴⁰ CEDH, gde ch., 12 avr. 2006, *Martinie c/ France* : AJDA 2006, 990, entretien avec le président Bruno Genevois et p. 986, note Rolin et p. 1712, note Flauss ; RFD adm. 2006, 305, p. 577, note Sermet et p. 819, chron. Lascombe et Vandendriesche.

⁴¹ Il est précisé que cette demande « *est présentée par écrit. Elle peut l'être à tout moment de la procédure avant le délibéré* » (*ibid.*, al. 2).

⁴² Par ex., au détriment de M. Yann Aguila, un requérant a pu ainsi demander au commissaire du gouvernement de ne pas être présent au délibéré (CE, 23 oct. 2006, *Garate*, aff. n° 290 966).

2009 afin de substituer à la dénomination de « *commissaire du gouvernement* » celle de « *rapporteur public* ».

La Cour européenne allait-elle suivre le Conseil d'État qui tentait de lui ainsi forcer la main, en soutenant que cette réforme, « *loin de porter atteinte aux garanties prévues par l'article 6, § 1^{er} de la convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme, a contribué à les renforcer* »⁴³ ? La réponse est positive : dans son arrêt *Mme Etienne c/ France* du 15 septembre 2009, la Cour européenne a retenu la conventionalité de la présence sans participation du rapporteur public au délibéré au Conseil d'Etat, sauf opposition d'une partie. Faisant sienne l'appréciation positive portée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui a admis le respect par la France de ses obligations depuis le décret du 1^{er} août 2006, la Cour relève que la requérante « *a été informée préalablement à l'audience de la possibilité de demander que le commissaire du gouvernement n'assiste pas au délibéré [mais] a renoncé à cette faculté* ».

Le Conseil d'Etat se satisfait sans doute du brevet de conventionalité attribué au décret de 1989, modifié en 2009. Mais, qui dira que sa résistance aura été victorieuse, au terme d'une décennie d'un combat à fleurets à peine mouchetés au cours de laquelle on aura vraiment entendu tout et n'importe quoi en faveur de la présence passive, voire même active du commissaire du gouvernement au délibéré du procès administratif : comment, en faveur de leur thèse, des membres éminents du Conseil d'Etat ont-ils pu s'égarer au point de dire du commissaire du gouvernement qu'il était « *un juge qui parle* » alors qu'il est un tiers qui parle, ou encore « *un membre de la formation de jugement* »⁴⁴ alors qu'il est un membre de la juridiction ? Voilà un mystère insondable.

Si victoire injustifiée il y avait, pour le juge administratif français, elle serait à la Pyrrhus : conformément aux exigences de la Convention sur l'impartialité objective, toute juridiction administrative générale, le Conseil d'Etat excepté, est libérée, à jamais, de la présence du rapporteur public. Et, si cette présence est admise par la Cour européenne devant le seul Conseil d'Etat, par un raisonnement en rien logique, en tout téléologique, cette présence est, désormais, toujours silencieuse, sans être toujours systématique. En définitive, une fois amorti le séisme provoqué par l'arrêt *Mme Kress c/ France* de 2001, le Conseil aura su préserver le peu qui était essentiel pour lui et selon lui : la présence, même silencieuse, du rapporteur

⁴³ CE, 25 mai 2007, *Courty* : *AJDA* 2007, 1 424, concl. Keller. L'incidente « *tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme* » est savoureuse. En réalité, le Conseil d'État a pris volontiers, devant la Cour européenne, le risque faible de cette présence silencieuse du rapporteur public à son délibéré.

⁴⁴ Par ex., Jean-Claude Bonichot et Ronny Abraham, « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH », *JCP* 1998. 1947 et 1949, respectivement. Cette divagation sur l'institution vaut aussi après l'arrêt *Mme Kress* : par ex., le même conseiller d'Etat Jean-Claude Bonichot continue à présenter le commissaire du gouvernement comme « *un des membres de la formation de jugement* » : « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme » in Catherine Teitgen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 255. Il est rappelé, à toute fin utile, qu'est irrégulière la décision rendue si le commissaire du gouvernement qui a conclu, a ensuite siégé, en tant que juge, au sein de la formation délibérante (CE, 321 oct. 1966, *Sté française des mines de Sentein*, *Rec.* 564).

public, au délibéré des affaires porté devant sa juridiction et ainsi sa fonction essentielle dans la construction d'un droit prétorien.

II. LES GARANTIES PROCÉDURALES RETENUES PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

La deuxième hypothèse à considérer est réactive : elle est celle où, dans le contentieux administratif, le Conseil d'Etat retient, à son tour, telle ou telle solution que la Cour européenne a pu définir antérieurement, dans l'application ou l'interprétation de la Convention.

En premier lieu, il en est ainsi de la jurisprudence sur l'indépendance et l'impartialité : elle ne pouvait qu'être centrale pour le Conseil d'Etat dès lors qu'il joint structurellement à ses attributions juridictionnelles, en matière contentieuse, des attributions consultatives, en matière administrative et législative. Il convient, d'ailleurs, d'inverser la perspective : la spécificité et la qualité de la justice administrative sont précisément retenues, par la doctrine majoritaire, au titre de son rôle simultané de consultant, facultatif ou obligatoire : avant 1872, et sous réserve de la parenthèse méconnue de justice déléguée de la Deuxième République, le Conseil d'Etat est consultant en toute matière administrative, y compris contentieuse ; après 1872, il est juge en toute matière administrative où il est consultant⁴⁵.

Or, ce dualisme fonctionnel n'est aucunement mis en cause par la Cour européenne si ce n'est que, par arrêt de principe *Sté Procola c/ Luxembourg* du 28 septembre 1995, elle impose raisonnablement la séparation fonctionnelle dans l'exercice consécutif, à propos de la même question de droit, des fonctions consultatives et juridictionnelles⁴⁶. La rédaction de la décision, pour être prudente, est nette : « le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, *Procola* a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux se soient sentis liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question ». Le Conseil d'Etat a très tôt appuyé cette jurisprudence même si l'accent a été mis, d'abord, sur le terrain organique pour dire que les attributions consultatives des juridictions administratives « ne portent par elles-mêmes aucune atteinte aux principes

⁴⁵ Par ex., il n'est pas juge des actes de gouvernement dès lors que ces actes sont considérés comme politiques (CE, 19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, Rec. 155, concl. David ; D. 1875.3.18, concl. David ; GAJA n° 3), sans devenir administratifs, alors qu'il devient juge des règlements d'administration publique dès lors que ces actes cessent d'être considérés comme politiques pour devenir administratifs (CE Ass., 6 déc. 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. 913, concl. Tardieu ; GAJA n° 18 et les réf.)

⁴⁶ CEDH, 28 sept. 1995, série A, n° 326, *Procola c/ Luxembourg*, préc. et CAA Paris, 23 mars 1999, M. Sarrahan, préc. ; adde, CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas* : AJDA 2003, 1490, note Rolin ; RFD adm. 2004, 365, note Gonzalez.

généraux relatifs à la composition des juridictions »⁴⁷, ce qui est constant. C'est bien sur le terrain fonctionnel qu'il s'est ensuite placé, imposant, en tant que juge de cassation, la solution de principe de la jurisprudence *Procola* : c'est à bon droit qu'en 2000, il annule un arrêt de déclaration de gestion de fait au motif que les magistrats de la Cour des comptes qui ont contribué à le rendre, avaient adopté antérieurement le *Rapport public* annuel dans lequel la même affaire avait été mentionnée et donc, de façon certaine, traitée en consultation par des magistrats ayant eu ensuite à en connaître en juridiction⁴⁸. De même, est jugé, en 2003, que les membres de la Cour des comptes qui ont siégé au sein de la chambre du conseil ayant adopté le rapport annuel de la Cour (attribution administrative) ne peuvent pas siéger ensuite, de façon régulière, pour juger de la même affaire dans le cadre de la Cour de discipline budgétaire et financière dont ils sont également membres (attribution juridictionnelle)⁴⁹.

S'agissant du Conseil d'Etat lui-même, principalement concerné, il a commencé par avancer la pratique ancienne du déport avant de la faire relayer par la réglementation :

- selon la pratique ancienne, le rapporteur d'une affaire devant une section administrative de même que le président de cette section administrative ne pouvait pas participer à l'examen de la même affaire par la section du contentieux. D'une façon générale, il y avait lieu à « déport » qui, sans motivation ni explication, conduisait, de façon systématique, mais sans fondement de texte depuis 1940⁵⁰ et jusqu'en 2008 et donc par simple autodiscipline, tel ou tel de ses membres à se retirer du contentieux dès lors que la confusion pourrait exister entre ses fonctions successives de consultant et de juge sur une même question de droit⁵¹. Mais, il ne s'agissait là que d'une pratique, le membre concerné du Conseil d'Etat continuait à siéger même si, en ce cas, ils s'interdisait de participer à la délibération, tenant pour suffisant le fait de « décaler légèrement de biais son fauteuil »⁵².

⁴⁷ CE, 5 avr. 1996, Syndicat des avocats de France : Rec. CE, p. 118.

⁴⁸ CE, ass., 23 févr. 2000, *Sté Labor Métal et a.* : Rec. CE, p. 83, concl. Seban ; AJDA 2000, 404, chron. Guyomar et Collin.

⁴⁹ CE, ass., 4 juill. 2003, *M. Dubreuil* : RFD adm. 2003, 713, concl. Guyomar ; AJDA 2003, 1306.

⁵⁰ Abrogation en 1940, après suspension en 1939, pour une raison qui tenait aux effectifs en mesure de demeurer en activité au Conseil d'Etat en temps de guerre, de l'article 20 de la loi du 24 mai 1872 qui prévoyait utilement que « les membres du Conseil d'Etat ne pourront participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections administratives auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération ». Ce texte n'a été malencontreusement ni rétabli à la Libération, à l'occasion de l'ordonnance du 31 juil. 1945 ni, *a fortiori*, étendu aux juridictions inférieures. Il faut attendre le décret du 6 mars 2008 pour que cette interdiction soit retextualisée (CJA, art. R. 122-21-1).

⁵¹ Connaissance, au contentieux, 1° d'un décret ou d'une ordonnance dont la légalité serait contestée directement par la voie de l'excès de pouvoir ou indirectement par celle de l'exception d'illégalité, dans le cadre de la requête, alors que ce texte aurait déjà connu en formation administrative ou 2° d'une question de droit déjà examinée à l'occasion d'une demande d'avis et posée par la requête ou 3° d'un moyen tiré de la non conformité d'une loi à un engagement international ou au droit dérivé de l'Union européenne et soulevé par la requête alors que le projet de loi aurait été vu en formation administrative.

⁵² Bruno Latour, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, Éd. La Découverte, 2002, p. 168.

Or, de façon remarquable, au regard de l'application de la théorie des apparences et en fonction de la réalité des circonstances de l'affaire, une telle pratique a pu être tenue pour suffisante, comme la Cour européenne a eu l'occasion de le dire dans son arrêt *Union fédérale des consommateurs 'Que choisir' de Côte-d'Or* du 30 juin 2009 : après rejet du recours pour excès de pouvoir formé contre un décret pris après avis de la section des travaux publics du Conseil d'Etat, l'association requérante aura porté le litige devant la Cour européenne, en dénonçant, notamment, l'absence d'impartialité structurelle du Conseil d'Etat, en raison du cumul de fonction juridictionnelle et administrative qui peut conduire des membres de la juridiction à examiner la légalité d'un acte sur lequel ils ont déjà rendu un avis. A juste titre, l'Etat français, s'appuyant sur la jurisprudence antérieure de la Cour européenne, aura soutenu en défense que le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat n'était pas une violation en soi de l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'aucun membre de la section des travaux publics n'avait été membre de la formation de jugement, en raison du déport systématique en cas de consultation préalable dans la même affaire. Ainsi, confirmant sa jurisprudence antérieure, issue de sa jurisprudence *Procola* (1995), déjà confirmée par les arrêts *Kleyn* (2003) et *Sacilor-Lormines* (2006), la Cour européenne aura dit pour droit que la proximité organique entre Conseil d'Etat et pouvoir exécutif, en France, ne suffisait pas à établir le manque d'indépendance fonctionnelle et que, compte tenu des faits de l'espèce, le recours était infondé.

Néanmoins, même consignée dans le Code de justice administrative, sous la dénomination de l'« *abstention* »⁵³, une telle pratique ancienne du déport était mal assurée et le besoin s'est donc fait sentir de nouvelles réglementations qui traduisent l'accord du Conseil d'Etat en faveur d'une évolution du droit positif, à la fois pour préserver le dualisme fonctionnel et pour garantir l'impartialité objective de sa juridiction. On mentionnera en ce sens deux décrets :

- d'une part, le décret du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat prévoit, de façon claire, que « *les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis* »⁵⁴. De plus, la pratique de la communication spontanée par le secrétariat général du Gouvernement au requérant devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'avis sur un acte administratif dont le Conseil d'Etat aurait eu préalablement à connaître en consultation si le moyen de l'irrégularité de la consultation du Conseil d'Etat était soulevé, mais sans le nom des membres qui ont délibéré sur

⁵³ CJA, art. R. 721-1 : « Le membre de la juridiction qui (...) estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre membre que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux ». Ce dispositif vaut aussi pour le membre de la juridiction qui suppose en sa personne une cause de récusation.

⁵⁴ CJA, art. R. 122-21-1 préc., issu D. 6 mars 2008, art. 10.

l'avis. Désormais, la liste de ces membres est bien communiquée par le Conseil d'État au requérant, mais à sa seule demande⁵⁵ ;

Et, le même décret de 2008 en profite pour rectifier aussi trois points de procédure qui importent, car relatifs à la composition des formations de jugement afin que la participation des membres de la section du contentieux y devienne décisive :

. le conseiller d'État qui siège, le cas échéant, en qualité de juge départageur au sein des sous-sections réunies, n'appartient plus à une section administrative, mais à la section du contentieux⁵⁶ ;

. la composition des formations extraordinaires de jugement desquels les membres ayant des attributions administratives sont retirés : ils le sont de la Section du contentieux complètement, désormais réduite de dix-sept à quinze membres⁵⁷ ; ils le sont de l'Assemblée du contentieux partiellement puisqu'il n'y sont plus majoritaire avec la voix de partage du vice-président du Conseil d'État : sur dix-sept membres, désormais, elle ne compte plus, au titre des membres ayant des attributions administratives, que le vice-président du Conseil d'État et les six présidents des sections administratives⁵⁸ ;

- d'autre part, le décret du 23 décembre 2011 va plus loin en prescrivant, de façon générale, que « *les membres du Conseil d'État qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'État, ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis* »⁵⁹ : par ce texte, il est mis enfin un terme à la pratique ancienne, déplorable et méconnue qui permettait, à l'insu de l'administré en demande et en violation du principe de la contradiction, de joindre le dossier administratif au dossier contentieux, à l'occasion du recours pour excès de pouvoir contre un acte préalablement soumis à la consultation facultative ou obligatoire du Conseil d'État⁶⁰.

⁵⁵ CJA, art. R. 122-21-2 issu D. 6 mars 2008, art. 10. Encore faut-il que ce requérant ait connaissance de la consultation préalable, ce qui ne correspond pas à la seule hypothèse du décret en Conseil d'État, et qu'il ne craigne pas d'indisposer la juridiction.

⁵⁶ CJA, art. R. 122-15, al. 1^{er}, 1^{re} phr., issu D. 6 mars 2008, art. 6.

⁵⁷ CJA, art. R. 122-18 modif. D. 6 mars 2008, art. 7.

⁵⁸ Ibid., art. R. 122-20 modif. *ibid.*, art. 8. L'effectif des membres ayant des attributions administratives passe donc de 6 (50 %) à 7 (41 %). On notera que, de façon cohérente, il est prévu que « *lorsque l'assemblée du contentieux est saisie d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil d'État, le président de la section administrative qui a eu à délibérer de cet avis ne siège pas* » (CJA, al. 5, 1^{re} phr. art. R. 122-21 modif. *ibid.*, art. 9).

⁵⁹ CJA, art. R. 122-21-3, issu du D. 23 déc. 2011, art. 13.

⁶⁰ On a eu soin, il y a près de vingt-cinq ans, de dénoncer cette pratique : Olivier Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988, coll. Bibl. droit public, t. 151, p. 330-332.

De la même façon, en conséquence de l'arrêt *H c/ France* du 24 octobre 1989⁶¹, c'est avec une réelle volonté d'aboutir que le Conseil d'Etat s'est engagé dans la lutte sans fin contre la durée excessive des instances, appuyé activement par le pouvoir législatif ou réglementaire : on mentionnera, en ce sens, le renforcement des moyens de la justice administrative par la loi Toubon de programme du 6 janvier 1995 relative à la justice, relayée par la loi Perben d'orientation et de programmation pour la justice en date du 9 septembre 2002 ou encore la mise en œuvre d'une véritable justice de l'urgence depuis la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, principalement le référé-suspension, y compris en cas de recours pour excès de pouvoir contre une décision négative, et le référé liberté qui contribue à la sauvegarde des libertés fondamentales, dans le contentieux administratif français⁶².

On ajoutera de nombreuses réformes de procédure - législatives ou réglementaires, selon la nature de la norme modifier - qui, pour porter sur des points de détail du contentieux administratif, n'ont tout de même pas été opérées sans que le Conseil d'Etat le sache ni le veuille. Toutes conçues dans le même sens : celui d'une justice administrative plus rapide, c'est-à-dire plus productive et donc plus efficace, les plus significatives d'entre elles peuvent être discutées :

- on regardera comme des réformes négatives la suppression, en 2003, de la possibilité de l'appel dans un certain nombre de petits litiges et, de façon concomitante, la généralisation de l'obligation de recourir en principe au ministère d'un avocat en appel, y compris dans le contentieux de l'excès de pouvoir⁶³ ou le rétablissement, en 2011, d'une sorte de droit de timbre ou encore la réitération, en 2011 également, de la dispense des conclusions du rapporteur public⁶⁴ ;

- on regardera comme des réformes positives, en revanche, l'extension, depuis la loi du 8 février 1995, du recours au juge unique dans les petits contentieux⁶⁵ ou, en application de la loi précitée du 30 juin 2000, dans les procédures de référé⁶⁶, l'obligation, sur le fondement de l'article 23 de la même loi, d'un recours

⁶¹ L'arrêt est suivi d'un nombre important de condamnations de la France à ce titre. Dans l'affaire *Beaumartin* qui donne lieu à arrêt du 24 nov. 1994, la France est condamnée à 100 000 F pour indemnisation du préjudice moral et à 80 000 F pour les frais et dépens, au bénéfice du requérant, victime à son tour de la durée excessive du procès administratif.

⁶² CJA, art. L. 521-1 et -2, respectivement.

⁶³ Décret du 24 juin 2003 relatif aux cours administratives d'appel et modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative : en ce sens, CJA, art. R. 811-1, en tant qu'il se réfère à l'art. RT. 222-13 préc. et art. R. 811-7.

⁶⁴ Loi 17 mai 2011, art. 188 et D. 23 déc. 2011, art. 8 : permis de conduire ; refus de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice ; naturalisation ; entrée, séjour et éloignement des étrangers, à l'exception des expulsions ; taxe d'habitation et taxe foncière sur les propriétés bâties ainsi que contribution à l'audiovisuel public ; aide personnalisée au logement ; carte de stationnement pour personne handicapée. On notera que la dispense des conclusions du rapporteur public peut être spécialement prévue, par ex. dans le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière (CJA, art. R. 776-2) ou du droit au logement opposable (*ibid.*, art. R. 778-4). Il en est de même, en principe, dans les procédures de référé (art. L. 522-3).

⁶⁵ CJA, art. L. 3 et R. 222-13.

⁶⁶ CJA, art. L. 511-1 et -2.

administratif préalable et obligatoire de principe en matière de fonction militaire⁶⁷, depuis 2001, mais aussi, en matière de fonction publique de l'Etat⁶⁸, depuis 2012.

III. LES GARANTIES PROCÉDURALES DÉDUITES PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

La troisième et dernière hypothèse à considérer est créative : elle est celle où, dans le contentieux administratif, la France anticipe l'application du droit européen, en prévention de condamnations qui seraient prononcées, à défaut, par la Cour européenne à l'encontre de la France et même le dépasse car il a été justement observé qu'« *en droit interne, le droit européen provoque un indéniable effet d'entraînement, une sorte de surenchère du procès équitable* »⁶⁹.

La technique en est simple : il suffit que le Conseil d'Etat inscrive le contentieux administratif dans le champ de la Convention tel que défini par la Cour européenne pour la contestation de caractère civil ou pour l'accusation en matière pénale et qu'il transpose ensuite la solution de fond, notamment sur la garantie procédurale. C'est ainsi que, pour tenir compte de la position de la Cour dans son arrêt *Mme Richard-Dubarry c/ France* d'octobre 2003⁷⁰, le Conseil d'Etat revire aussitôt sa jurisprudence antérieure *Nucci* de 1995⁷¹ afin d'admettre, par son arrêt *Beausoleil et Mme Richard* de décembre 2003, « *que le juge des comptes, lorsqu'il prononce la gestion de fait, puis fixe la ligne de compte et met le comptable en débet, tranche des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil* »⁷² et retenir la publicité des audiences dans cette hypothèse. La construction joue, du reste, dans l'autre sens : le Conseil d'Etat exclut du champ matériel des deux catégories de base ce que la Cour tient comme extérieur à toute contestation en matière civile ou à toute accusation en matière pénale. Par exemple, le contentieux des étrangers est hors du champ d'application de l'article 6 § 1 pour la Cour européenne⁷³ comme pour le Conseil d'Etat.

⁶⁷ Décret du 7 mai 2001 qui institue, auprès du ministre de la Défense, une commission chargée de statuer sur le recours préalable des militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle, recrutement et exercice du pouvoir disciplinaire exceptés.

⁶⁸ Décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 : rémunération ; détachement, mise en disposition hors cadres et placement en disponibilité ; réintégration à l'issue de ces positions et d'un congé parental ; classement par promotion interne de grade ou de corps.

⁶⁹ Camille Broyelle et Mattias Guyomar, « Le droit européen et le procès administratif », in *Mél. François Julien-Lafferrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 59-69.

⁷⁰ CEDH, 7 oct. 2003, *Mme Richard-Dubarry c/ France*, RFDA 2004. 378, note Potteau ; RDP 2005. 776, note Surel.

⁷¹ CE Sect., 6 janv. 1995, *Nucci*, Rec. 7 ; JCP 1996.II.22592, note Degoffe.

⁷² CE, 30 déc. 2003, *Beausoleil et Mme Richard*, Rec. 531 ; BJCL 2004. 265, concl. Guyomar, note Vachia ; RFDA 2004. 365, concl. Guyomar, note Coutant ; AJDA 2004. 1301, note Rolin.

⁷³ A ce sujet, Demba Ndiaye, « L'inapplicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des étrangers », CRDF, n° 2, 2003, p. 93-98 et, par ex., CE, 7 nov. 1990, *Mme Serwah*, Rec. 311, à propos des réfugiés.

Car, si la Cour connaît le droit, le Conseil d'Etat connaît la jurisprudence de la Cour et il s'efforce, de bonne foi, de contribuer à l'effectivité de la Convention européenne, qu'il fasse écho à la jurisprudence de la Cour ou même qu'il statue dans le silence de cette jurisprudence.

Lorsqu'il fait écho à la jurisprudence de la Cour, il est en situation, en quelque sorte, de l'interniser. C'est ainsi que le Conseil d'Etat fait application de l'arrêt de grande chambre de la Cour européenne *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie* du 4 février 2005 qui confirme le caractère obligatoire des mesures provisoires d'exécution de ses décisions pour les Etats membres, à l'article 39 de la Convention, sur le fondement, désormais, du droit au recours individuel, à l'article 34 de la Convention : le juge des référés considère, de la même façon, que l'inobservation par le Gouvernement français des mesures provisoires est bien une violation du droit au recours individuel, dans son ordonnance *Ministre de l'Intérieur c/ Berghal* du 30 juin 2009.

Du reste, le Conseil d'Etat veille à inscrire la Convention dans le prolongement de sa propre jurisprudence. C'est ainsi que le principe d'impartialité est « *rappelé par l'article 6 § 1 de la Convention* »⁷⁴ ou qu'il résulte « *des principes généraux du droit et de l'article 6 paragraphe 1^{er} de la Convention* »⁷⁵. Disons les choses nettement : pour le Conseil d'Etat, c'est la Cour européenne qui est aussi en écho à sa propre jurisprudence et il est vrai que ce droit européen est tout de même construit à partir du droit des Etats membres, et non à partir de rien ou même d'autre chose

On doit aussi envisager que le Conseil d'Etat construise sa propre jurisprudence, dans le silence de sa jurisprudence⁷⁶, mais en se soumettant à la Convention, ce qui dit assez à quel point il a intégré l'obligation qui lui est faite d'en être le juge de droit commun. Par exemple,

- tel est le cas, par exemple, de l'exigence de publicité des audiences dont, en l'absence de texte d'origine interne, le Conseil d'Etat fait application, sur la base de l'article 6 §1 de la Convention, pour définir les modalités de lecture et de publication des décisions juridictionnelles dans son arrêt de Section *Petit* du 12 octobre 2009 ;

- tel est aussi le cas dans le contentieux de la responsabilité : le Conseil d'Etat a admis, par sa seule jurisprudence et donc au titre d'un principe général du droit, que la responsabilité de l'Etat français puisse être engagée sur le fondement de la faute simple lorsque le droit garanti par la Convention d'une instance d'une

⁷⁴ CE Ass., 3 déc. 1999, Didier, Rec. 399 ; RFDA 2000. 584, concl. Seban ; GAJA n° 102 et les réf. Ce rappel par l'art. 6 §1 de la Convention vaut aussi pour le principe des droits de la défense (CE Sect., 27 oct. 2006, Parents et autres, Rec. 454).

⁷⁵ CE, 30 mai 2007, Sté Europe finance et industrie et M. Thannberger, Tab. 695 ; adde, Frédéric Sudre, « Du dialogue des juges à l'euro-compatibilité » in Mél. Bruno Genevois, Dalloz, 2008, p. 1015-1032.

⁷⁶ En ce sens, l'arrêt rendu dans l'affaire *Diop*, en 2001, par lequel le Conseil d'Etat considère que les pensions civiles et militaires de retraite « *constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1^{er} précité du premier protocole additionnel à la Convention* » (CE Ass., 30 nov. 20001, *Ministre de la Défense c/ Diop et autre*, Rec. 605, concl. Courtial ; GAJA n° 108 et les réf.).

durée non excessive, c'est-à-dire raisonnable, est méconnu devant la juridiction administrative, solution retenue par l'arrêt d'Assemblée *Magiera* du 28 juin 2002⁷⁷. Cependant, il ne faut pas se dissimuler que cette solution originale n'est pas étrangère aux avancées du droit européen en la matière, sur le fondement de l'arrêt *Kudla c/ Pologne* de 2000 qui fonde, sur l'article 13 portant sur le recours effectif devant une instance nationale, la garantie d'une méconnaissance de l'obligation, imposée par l'article 6 § 1, d'entendre les causes dans un délai raisonnable.

Néanmoins, la menace de la condamnation de la France persiste et le souci d'anticiper la jurisprudence de la Cour européenne, particulièrement en ambiance de théorie des apparences, reste présent. Car, ce n'est pas la Cour européenne qui a exigé que le commissaire du gouvernement soit redénommé rapporteur public et ce n'est pas elle non plus, mais le même décret du 7 janvier 2009, qui a imposé la modification heureuse de l'ordre de prise de parole à l'audience.

Ce souci peut être aussi brouillon : si, dans l'arrêt *Mme Kress c/ France* de 2001, la Cour européenne s'est placée sur le terrain de la contradiction des conclusions, c'est que le Conseil d'Etat n'a pas su ou n'a pas voulu défendre l'idée simple que le commissaire du gouvernement est un tiers à l'instance et que ses conclusions n'ont donc pas être communiquées aux parties ou au juge alors qu'au surplus, la réorganisation des audiences permet à l'avocat et, le cas échéant, aux parties ou à l'avocat aux Conseils de prendre la parole à la suite de leur prononcé. L'écho des exigences de la Cour peut ainsi être déformé par le Conseil d'Etat qui n'a pas craint d'officialiser et de généraliser l'indication du sens des conclusions du rapporteur public et la tolérance de la note en délibéré⁷⁸. Or, dans le procès administratif, ce ne sont pas les conclusions du rapporteur public qui sont à contredire, car il est un tiers, mais bien les pièces du rapporteur qui devraient l'être, car il est un juge : sa note et son projet de décision⁷⁹, soumis, avant l'audience, au prédelibéré d'une

⁷⁷ CE Ass., 28 juin 2002, *Magiera*, Rec. 248 ; RFDA 2002. 756, concl. F. Lamy et 2003. 85, note Andriantsimbazovina. AJDA 2002. 596, chron. Donnat et Casas ; D. 2003. 23, note Holderbach-Martin.

⁷⁸ Selon l'arrêt *Mme Kress c/ France* de 2001, selon la Cour européenne, convaincue par la défense de l'Etat français assurée par le conseiller d'Etat Ronny Abraham, c'est la possibilité pour les avocats de connaître le sens général des conclusions et de produire une note en délibéré qui contribuerait à contredire les conclusions du commissaire du gouvernement. D'où, à la suite de cet arrêt, l'officialisation de l'indication du « sens général » (note-circ. du vice-président du Conseil d'Etat en date du 23 nov. 2001), puis du « sens » des conclusions (CJA, art. R. 711-3 et R. 712-1, issus D. 7 janv. 2009) ainsi que de la note en délibéré (CE, 12 juil. 2002, *Leniau*, Rec. 278 ; RFDA 2003. 307, concl. Piveteau ; AJDA 2003. 2243, note Gherardi ; adde, CJA, art. R. 731-3 à R. 741-2), issus D. 19 déc. 2005, ce qui est faire fausse route alors même que l'inversion de l'ordre de prise de parole à l'audience, systématisée depuis 2012, rend cette construction inutile et même risquée (Olivier Gohin, « Rapporteur public et réorganisation de l'audience dans le contentieux administratif : une réforme en trompe-l'œil ? A propos du décret du 7 janvier 2009 », JCPA 2009, 2146, n° 25, 15 juin 2009, p. 23-27. Il va de soi qu'en revanche, le rapporteur étant un juge, sa présence au délibéré s'impose : en ce sens, CEDH, 27 août 2002, *Didier*, JCP G 2003, I, 109, chr. F. Sudre ; RDP 2003. 697, note Gonzalez, encore que la solution soit relative, en l'espèce, à une autorité administrative indépendante, regardée par la Cour comme un « tribunal », et qu'elle prenne en compte la nature et l'étendue des fonctions du rapporteur devant l'ancien Conseil des marchés financiers, durant la phase d'instruction.

⁷⁹ La jurisprudence administrative est actuellement en sens contraire (CE, 2 juil. 1982, *Mme Eynaud*, Rec. 259, solution confirmée nettement par CE, 29 juil. 1998, *Mme Esclatine*, Rec. 320, préc. Pourtant, la

séance d'instruction, en présence du rapporteur public, certainement discutable dans le contexte de la théorie des apparences. La question est posée et elle est d'importance⁸⁰.

En conclusion, on demandera de savoir raison garder : le bonheur de l'Etat de droit n'est pas une idée neuve en Europe : la sauvegarde des libertés fondamentales par le Conseil d'Etat français, dans le droit de la procédure, ne remonte pas à l'article 6 §1 de la Convention et ne s'épuise pas, d'ailleurs dans cette stipulation. Que l'on pense seulement au caractère contradictoire de la procédure, en tant qu'il contribue au procès équitable, bien avant 1974, en France⁸¹.

Car, le contentieux administratif français n'est tout de même pas sorti de l'ombre spécifique du droit national, en faveur du juge, pour entrer dans la lumière général du droit européen, en faveur du justiciable⁸². Le Conseil d'Etat, par la réglementation, voire la législation indirectement, comme institution administrative, puis par sa jurisprudence directement, comme autorité juridictionnelle, apporte sa garantie aux droits fondamentaux en France, y compris comme vecteur de la Convention européenne, à la fois impérative⁸³ et subsidiaire⁸⁴. Ainsi, disons-le carrément : dans la protection des droits fondamentaux, la jurisprudence de Strasbourg, dans ses raffinements souvent, dans ses excès parfois, est un luxe rarement nécessaire, et même parfois inutile.

Du reste, avec optimisme, le président Jean-Paul Costa a pu écrire, en 2007, que « *le Conseil d'Etat a presque complètement intégré la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁸⁵. Européanisation du droit national ou nationalisation du droit européen ? En monisme juridique, le débat est spécieux. L'important, c'est que, de façon progressive, mais inévitable, la processualisation du contentieux administratif français conduit à sa banalisation. Sur une génération,

contradiction exclut qu'une affaire soit régulièrement jugée si le juge a pris en considération un élément pour se déterminer dont les parties n'ont pas eu connaissance pour pouvoir en débattre entre elles (CE, 10 mai 1952, *Sieur X*, *Rec.* 250) : l'information du juge ne peut pas être supérieure à celle des parties qui doit être elle-même identique.

⁸⁰ Dans l'affaire Marc-Antoine, communiquée par la Cour européenne à la France, le 20 nov. 2011, la question posée est de savoir s'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du fait qu'à la différence du rapporteur public, le requérant n'a pas reçu copie du projet de décision du rapporteur avant l'audience du Conseil d'Etat. Or, il faut rappeler que la France a été condamnée, à raison de la procédure antérieurement suivie devant la Cour de cassation, par l'arrêt de la Cour *Mme Reinhardt et Slimane-Kaïd* du 31 mars 1998, s'agissant du défaut de communication du rapport de l'avocat général près la Cour de cassation dont la situation contentieuse est assimilable à celle du rapporteur dans la formation de jugement du Conseil d'Etat ; à ce sujet, Olivier Gohin, intervention au colloque organisé le 15 nov. 2002 et publié in Isabelle Pingel et Frédéric Sudre (dir.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruylant, 2003, p. 119-125.

⁸¹ Olivier Gohin, « La contradiction avant l'article 6-1 », *RFDA* 2001, p. 2-12.

⁸² Sur cette double polarisation, créatrice d'un « *hiatus* », Camille Broyelle et Mattias Guyomar, *op. cit.*, p. 64-65, les auteurs développant ensuite l'idée que, par concessions réciproques, les points de vue se sont rapprochés et qu'un point d'équilibre a été ainsi trouvé : p. 66-67. Cette thèse, pour être intéressante, est trop systématique et devrait être nuancée.

⁸³ CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, préc.

⁸⁴ CEDH, plén., 23 juil. 1978, *Affaire linguistique belge* et 7 déc. 1976, *Handyside*.

⁸⁵ *AJDA* 2007. 60.

il y a un monde, à présent, entre l'ancienne procédure administrative contentieuse et le nouveau droit du procès administratif.

On pourrait alors se tourner vers Voltaire et se dire à soi-même, après Candide : « *Si c'est ici le meilleur des mondes possibles, que sont donc les autres ?* ». Mais, comme lui, nous n'oublierons pas que rien, jamais, n'est définitivement acquis et qu'il nous faut, nous aussi, avec patience et modestie, « *cultiver notre jardin* » : ce jardin à la française du contentieux administratif contempler avec ses parterres de droit européen des libertés fondamentales.

LEGAL PROCEDURE GUARANTEES WHICH EMERGE FROM EUROPEAN RULES AND EUROPEAN PRACTICE

Amongst the rules applicable in administrative dispute, those created from the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms should particularly be emphasised. Similarly, administrative adjudication has accepted, after the Council of State's decision on October 20, 1989 in the Nicolo case, to supervise harmonisation of national law and a certain agreement, namely the European Union Association Agreement. This has resulted in self interpretation of the agreement. In resolving various issues, the administrative judge was forced to follow Strasbourg court practice. Therefore, finally, as a logical conclusion, the question arises of: Is national law being europeanised or is European law becoming "nationalised?"

Key words: *administration, procedural guarantees, european jurisprudence*